

University of Groningen

## **Buitenlandse herroepingsclausule en het toepasselijk recht op de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen**

Knot, J.G.

*Published in:*  
Tijdschrift Erfrecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2013

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Knot, J. G. (2013). Buitenlandse herroepingsclausule en het toepasselijk recht op de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen. *Tijdschrift Erfrecht*, 2013(1), 1-4.

### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# Internationaal privaatrecht

## Buitenlandse herroepingsclausule en het toepasselijke recht op de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen

Mr. J.G. Knot\*

### 1 Feiten

Erflater is in 2008 overleden. Hij woonde sinds 1990 samen met zijn partner, met wie hij bij notariële akte een samenlevingsovereenkomst had gesloten. De erflater heeft in 2005 een testament opgesteld, met daarin een ‘fidei-commis’. In het kader van deze tweetrapsmaking heeft hij zijn partner benoemd tot enig erfgenaam (onder ontbindende voorwaarde) en daarbij bepaald dat alles wat zij bij haar overlijden als bezwaarde onverteerd nalaat, toekomt aan zijn kinderen en het kind van zijn partner als gezamenlijke verwachters (erfgenamen onder opschortende voorwaarde). Het testament bepaalt uitdrukkelijk dat het beoogt mede van toepassing te zijn op de in het buitenland gelegen goederen van de erflater.

Omdat dit Nederlandse testament volgens zijn Portugese advocaat in Portugal geen werking zou sorteren, maakt de erflater op 17 april 2008 een apart Portugees testament op. Bij dat testament laat hij aan zijn partner na alle zich in Portugal bevindende roerende goederen, inclusief bankrekeningen, en het levenslange vruchtgebruik op zijn in Portugal gelegen onroerende goederen. Het bloot eigendom van deze onroerende zaken laat hij na aan zijn kinderen.

Het Portugese testament maakt melding van het feit dat de erflater de Portugese taal niet machtig is en dat zijn

Portugese advocaat als tolk is opgetreden. Voorts bevat het testament aan het slot de volgende passage:

‘Dat hij [lees: de testateur; JGK] hierbij zijn testament afsluit, waarbij hij ieder ander vorig testament herroept en verklaart dat zijn persoonlijke wet – de Nederlandse wet – hem in staat stelt dit te doen, en tevens verklaart dat het Nederlandse erfrecht van toepassing is. (...)’

Op 22 mei 2008 heeft de Portugese advocaat per e-mail een Nederlandse vertaling van het testament aan de erflater toegezonden. Daarin ontbreekt echter de passage over de herroeping van alle eerder gemaakte uiterste wilsbeschikkingen.

Onenigheid is ontstaan over de uitleg van het Portugese testament, met name op het punt van de herroepingsclausule. De kinderen stellen zich op het standpunt dat het eerdere Nederlandse testament met de daarin opgenomen tweetrapsmaking als gevolg van de latere herroeping in het Portugese testament is komen te vervallen. De partner bestrijdt dit echter met een beroep op het feit dat dat nooit de bedoeling van de erflater zou zijn geweest. Alleen omdat het Nederlandse testament in Portugal niet zou kunnen worden uitgevoerd, heeft de erflater aldaar immers een (aanvullend) testament opge maakt, dat zich beperkt tot het in Portugal aanwezige vermogen en derhalve naast het Nederlandse testament zou moeten gelden. Nadat de Rechtbank Rotterdam bij vonnis van 8 september 2010 de partner in het gelijk

\* Mr. J.G. Knot is universitair docent internationaal privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en wetenschappelijk adviseur bij PlasBossinade te Groningen.

heeft gesteld, zijn de kinderen van dat oordeel in hoger beroep gekomen bij het hof.<sup>1</sup>

## 2 Rechtsoverwegingen

Het hof constateert dat het zal moeten beoordelen of het Portugese testament duidelijk is of dat het eventueel nadere uitleg behoeft. Aangezien het een internationaal geval betreft, dient eerst aan de hand van regels van internationaal privaatrecht (IPR) te worden bepaald naar welk recht deze kwestie moet worden beoordeeld. Daarentrent overweegt het hof het volgende:

‘Erflater heeft in het Portugese testament bepaald dat op zijn nalatenschap Nederlands erfrecht toepasselijk is. Het hof is op grond van het bepaalde in artikel 1 van de Wet conflictenrecht erfopvolging zoals die ten tijde van erflaters overlijden gold (per 1 januari 2012 vervangen door het nagenoeg gelijklopende artikel 10:145 lid 2 BW) in verbinding met artikel 3 lid 1 van het op 1 augustus 1989 te ’s-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging (Trb. 1994, 49) van oordeel dat Nederlands recht van toepassing is bij de beantwoording van de in de vorige rechtsoverweging opgeworpen vragen.’<sup>2</sup>

Na de conclusie dat de uitleg van het Portugese testament dient te geschieden aan de hand van het door de erflater gekozen Nederlandse erfrecht, merkt het hof op dat aan deze uitleggingsvraag evenwel voorafgaat de vraag of aan uitleg daarvan kan worden toegekomen.<sup>3</sup> Ook deze vraag wordt vervolgens beantwoord aan de hand van het Nederlandse recht. Aangezien het hof daaraan geen aparte IPR-overweging meer wijdt, is dit oordeel kennelijk op dezelfde – hiervoor aangehaalde – overweging gebaseerd.

## 3 Toepasselijk erfrecht

Op 1 januari 2012 is Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in werking getreden.<sup>4</sup> In titel 12 vinden we de erfrechtelijke conflictregels, merendeels overgenomen uit de Wet conflictenrecht erfopvolging. Ook de overgangsrechtelijke bepaling uit de Wet conflictenrecht erfopvolging is overgenomen. Artikel 10:152 BW bepaalt dat de erfrechtelijke conflictregels uit Boek 10 BW worden toegepast op de erfopvolging van personen

die na 1 oktober 1996 zijn overleden.<sup>5</sup> Het feit dat de erflater in 2008 is overleden, voordat Boek 10 BW in werking trad, brengt dus niet mee dat voor de toepassing van het Haags Erfrechtverdrag 1989 nog aan de Wet conflictenrecht erfopvolging moet worden gerefereerd. Bij de beoordeling van het toepasselijke erfrecht dienen na 1 januari 2012 – anders dan het hof lijkt te doen – alleen nog de conflictregels uit Boek 10 BW te worden toegepast. De Wet conflictenrecht erfopvolging heeft in dat opzicht zijn belang geheel verloren.

Krachtens artikel 10:145 lid 2 BW dient het toepasselijke recht op de vererving van de nalatenschap van de erflater te worden bepaald aan de hand van de regels van het Haags Erfrechtverdrag 1989.<sup>6</sup> Dat verdrag staat het de erflater in artikel 5 toe in zijn testament een rechtskeuze uit te brengen. De eerste zin van de aangehaalde IPR-overweging van het hof lijkt daaraan ook te refereren. Een dergelijke rechtskeuze is geldig als de erflater daarbij kiest voor toepassing van zijn nationale recht of dat van het land van zijn gewone verblijfplaats. Hierbij worden de elementen nationaliteit en gewone verblijfplaats beoordeeld naar ofwel het moment van het uitbrengen van de rechtskeuze ofwel het moment van overlijden. Vervolgens betreft het hof echter artikel 3 lid 1 HEV’89 in zijn oordeel dat Nederlands erfrecht van toepassing is. Artikel 3 HEV’89 bevat de objectieve verwijzingsregeling, enkel geschreven voor gevallen waarin door de erflater geen (geldige) rechtskeuze is uitgebracht. Het is hiermee onduidelijk of het hof op grond van de door de erflater in zijn Portugese testament uitgebrachte rechtskeuze of op grond van de objectieve verwijzingsregel tot toepasselijkheid van Nederlands erfrecht concludeert.

Artikel 3 lid 1 HEV’89 sluit aan bij het recht van het land van erflaters laatste gewone verblijfplaats, als de erflater ook de nationaliteit van dat land bezat. Als het hof op basis van dit artikel tot de conclusie komt dat Nederlands recht van toepassing is, was erflaters laatste gewone verblijfplaats kennelijk in Nederland gelegen en had hij tevens de Nederlandse nationaliteit. Dat betekent dan echter eveneens dat de erflater op grond van artikel 5 HEV’89 gerechtigd was een rechtskeuze voor Nederlands recht uit te brengen, hetgeen hij in zijn Portugese testament ook daadwerkelijk heeft gedaan. Tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald – *quod non* – wordt deze aanwijzing bovendien geacht betrekking te hebben op de gehele nalatenschap (art. 5 lid 4 HEV’89). Terecht komt het hof dan ook tot de conclusie dat Nederlands recht op de vererving van de nalatenschap moet worden toegepast. Nu er echter sprake is van een geldige rechtskeuze, was daarbij voor een beoordeling naar de objectieve verwijzingsregel uit artikel 3 lid 1 HEV’89 geen plaats.

1. Zie voor de uitspraak Hof Den Haag 13 november 2012, LJN BY3184.  
2. R.o. 20 van het arrest van het hof. De vragen uit de vorige rechtsoverweging waaraan het hof refereert, luiden: (1) aan de hand van welk recht moet worden beoordeeld of het Portugese testament al dan niet duidelijk is; en (2) welk recht beheerst de gevolgen van een eventueel onduidelijk zijn van het Portugese testament?  
3. Zie r.o. 21.  
4. Stb. 2011, 272 en 340 (laatstelijk gewijzigd: Stb. 2012, 313).

5. Weliswaar lijkt art. 10:152 lid 1 BW zich te beperken tot art. 10:147-150 BW – zodat de vraag rijst of artikel 10:145 lid 2 BW, dat het Haags Erfrechtverdrag 1989 van toepassing verklaart, wel daaronder moet worden begrepen – maar de memorie van toelichting bij art. 10:152 BW bepaalt dat de overgangsbepaling ziet op de ‘voorafgaande artikelen van deze titel’, dus inclusief art. 10:145 BW. Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 80.  
6. Hierna ook: HEV’89.

## 4 Uitleg uiterste wilsbeschikking

Bij dit alles speelt nog een andere vraag: moet het door het Haags Erfrechtverdrag 1989 aangewezen recht tevens op de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen worden toegepast? Met andere woorden: behoort de uitleg van een uiterste wilsbeschikking wel tot het materiële toepassingsgebied van het verdrag? Het hof lijkt hier zonder meer van uit te gaan. Is dat echter wel terecht?

Het door het verdrag aangewezen recht is van toepassing op *erfopvolging* (art. 1 lid 1 HEV'89). Het begrip 'erfopvolging' wordt op een tweetal manieren in het verdrag zelf nader geconcretiseerd. In de eerste plaats wordt in artikel 1 lid 2 HEV'89 een viertal onderwerpen uitdrukkelijk van het toepassingsgebied van de verordening uitgesloten.<sup>7</sup> De uitleg van uiterste wilsbeschikkingen wordt daarbij niet genoemd. In de tweede plaats bevat artikel 7 lid 2 HEV'89 een lijst met onderwerpen die door het aangewezen recht worden beheerst en die dus – in ieder geval<sup>8</sup> – onder het begrip 'erfopvolging' moeten worden begrepen. Ook hier staat de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen echter niet bij.

Het Toelichtend Rapport bij het Haags Erfrechtverdrag 1989 merkt specifiek met betrekking tot de uitleg (*interpretation*) het volgende op:

'The Commission had no desire to exclude the subject of interpretation of wills from the Convention (this subject was different from the matters that had been excluded), but on the other hand the Commission concluded that it was not a subject that could go into the "positive list". Whatever the juridical nature of rules that may be employed in interpretation, the majority felt that it was a matter where the judge was simply looking for the deceased's intention, and the less this task was complicated the better. A judge should be left to do it in the way his system favours.'<sup>9</sup>

De Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht zegt in haar advies van 17 augustus 1992 over het Haags Erfrechtverdrag 1989 hierover het volgende:

'Ter Conferentie is de vraag aan de orde gesteld, of de interpretatie van een uiterste wilsbeschikking in de lijst van artikel 7, tweede lid, dient te worden opge-

nomen. Omdat de meningen daarover van land tot land verschilden, is daartoe niet overgegaan. Mede gelet op de moeilijkheid om de interpretatieregels van een vreemd recht te kennen, is de Staatscommissie van mening dat in het midden kan blijven of dit onderwerp onder de erfwet dient te worden gebracht. De kwestie lijkt haar vooral van theoretische betekenis.'<sup>10</sup>

Uit deze passages blijkt dat de verdragsopstellers het er onderling niet over eens konden worden of de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen onder het materiële toepassingsgebied van het verdrag moest worden gebracht. Uiteindelijk is daar niet voor gekozen. Door het onderwerp echter ook niet uitdrukkelijk van het toepassingsgebied uit te sluiten, staat het verdragsstaten ingevolge artikel 7 lid 3 HEV'89 vrij op de uitleg van uiterste wilsbeschikkingen het door het verdrag aangewezen recht toch toe te passen.<sup>11</sup> Hierover merkt Ten Wolde op:

'Aangezien de uitlegging van uiterste wilsbeschikkingen vanuit Nederlands internationaal erfrechtelijk oogpunt typisch erfrechtelijk is, ligt het mijns inziens voor de hand om deze kwesties, evenals de innerlijke geldigheid, op voet van artikel 7 lid 3 te onderwerpen aan de erfwet.'<sup>12</sup>

Deze opvatting kan worden onderschreven. Artikel 7 lid 3 HEV'89 wijst er uitdrukkelijk op dat artikel 7 lid 2 HEV'89 niet uitsluit dat verdragsstaten de regels van het verdrag, als eigen conflictregels, ook op andere erfrechtelijke onderwerpen toepassen.<sup>13</sup> Bovendien kunnen rechterlijke autoriteiten hiertoe ook zelfstandig, zonder uitdrukkelijke machtiging van de wetgever in de vorm van een gecodificeerde commune conflictregel, besluiten.<sup>14</sup>

De conclusie op dit punt moet zijn dat het gemak waarmee het hof het door het Haags Erfrechtverdrag 1989 aangewezen recht ook op de uitleg van het testament toepast, enigszins misplaatst lijkt te zijn. Het verdrag verplicht hiertoe in ieder geval niet. Het laat verdragsstaten – en hun (rechterlijke) autoriteiten – tegelijkertijd echter wel de vrijheid dit te doen. En daarvoor bestaat in Nederland, waar de uitleg van een uiterste wilsbeschikking als een erfrechtelijke vraag wordt gezien, alle

7. Dit zijn (a) de vorm van uiterste wilsbeschikkingen, (b) de bekwaamheid om bij uiterste wil te beschikken, (c) vragen die het huwelijksvermogensregime betreffen en (d) rechten en goederen, in het leven geroepen of overgedragen op andere wijze dan door erfopvolging, zoals aan verschillende personen gemeenschappelijke eigendom die overgaat op de langstlevende, pensioenregelingen, verzekeringsovereenkomsten of regelingen van soortgelijke aard.
8. Dat de opsomming in het tweede lid een niet-limitatief karakter draagt, blijkt uit art. 7 lid 3 HEV'89.
9. Toelichtend Rapport van de hand van D.W.M. Waters, opgenomen in de Actes et Documents van de zestiende zitting (1988) van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, raadpleegbaar via haar website <www.hccn.net>, par. 81 (slot). Vgl. ook M.H. ten Wolde, Internationaal en interregionaal erfrecht in het Koninkrijk der Nederlanden, Deventer: Kluwer 1996, p. 294.

10. Het advies is opgenomen in: E.N. Frohn & E. Hennis (red.), Staatscommissie IPR. Geselecteerde adviezen. Naar een afgewogen IPR, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1995, p. 205-228. Zie voor de aangehaalde passage p. 223.
11. Vgl. ook W. Westbroek, Preadvises voor de KNB over het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging (samen met K.D. de Lange), in: Twee Haagse Verdragen, Deventer: Kluwer 1990, p. 127.
12. Ten Wolde 1996, p. 294. Zie ook M.H. ten Wolde in: Groene Serie Erfrecht, Haags Erfrechtverdrag 1989, Artikel 7, aant. 2 (slot).
13. Zie Toelichtend Rapport, par. 74 en 81, alsmede Westbroek 1990, p. 103.
14. Zie Toelichtend Rapport, par. 81, waar valt te lezen: 'Another reason for paragraph 3 [bedoeld wordt art. 7 lid 3 HEV'89; JGK] is that it allows courts and other authorities in States, whose constitutions provide for the direct applicability of self-executing provisions of treaties, to apply the conflict rules of the Convention to matters of succession outside the Convention, and do so without express authorization by the legislature.'

reden. Een beroep op artikel 7 lid 3 HEV'89 in de overwegingen van het hof had daarbij mijns inziens echter niet misstaan.

## 5 Buitenlands (deel)testament: gevaar van herroeping geweken?

Onder toepassing van Nederlands erfrecht houdt het hof de herroepingsclausule in het Portugese testament uiteindelijk voor niet geschreven. Daartoe overweegt het hof dat de regeling die de erflater in het Portugese testament heeft getroffen in economische zin sterk overeenkomt met het Nederlandse testament. In het licht van dit Nederlandse testament acht het hof de herroepingsclausule in het Portugese testament 'onbegrijpelijk, ontbeert zij mitsdien duidelijke zin en dient zij te worden uitgelegd'.<sup>15</sup> Daarbij neemt het hof in aanmerking dat de erflater er in eerste instantie van was uitgegaan dat zijn Nederlandse testament ook in Portugal uitvoerbaar zou zijn. Toen hem was gebleken dat dat niet het geval was, heeft hij door middel van een Portugees testament een regeling willen treffen, enkel voor zijn Portugese vermogen, die met de Nederlandse testamentaire voorziening materieel zeer vergelijkbaar was. Het hof is niet gebleken dat de erflater met het Portugese testament ook als doel had het Nederlandse testament te herroepen.<sup>16</sup>

Het gebeurt in de praktijk vaker: voor lokale bezittingen wordt in het buitenland een apart testament opgesteld. Of dat in dit geval ook echt noodzakelijk was, kan niet goed worden beoordeeld. Daarvoor ontbreken in de geanonimiseerde versie van het arrest van het hof de nodige feitelijke gegevens. Toch kan in algemene zin wel iets worden gezegd over de regels van internationaal erfrecht in Portugal.<sup>17</sup> Portugal is geen partij bij het Haags Testamentsvormenverdrag 1961, maar voor de formele geldigheid van testamenten hanteert het met het verdrag vergelijkbare criteria. Een testament wordt in Portugal wat betreft de vorm geldig geacht als het voldoet aan het recht van het land waar het werd opgesteld of aan de nationale wet van de testateur op het moment van beschikken of van overlijden. Bovendien wordt voor het toepasselijke erfrecht, dat conform het gehanteerde eenheidsstelsel op de gehele nalatenschap wordt toegepast, aangeknoopt bij de laatste nationaliteit van de erflater. Aldus bezien, uitgaande van de Nederlandse nationaliteit van de erflater, zou in het onderhavige geval ook naar Portugees IPR Nederlands recht van toepassing zijn geweest op zowel de formele geldigheid van het testament als de erfopvolging. Daarmee rijst enige twijfel over de juistheid van de bewering van de Portugese

advocaat dat het Nederlandse testament in Portugal niet zou kunnen worden uitgevoerd. Wellicht dat het Portugese goederenrecht echter een soepele afwikkeling met betrekking tot de in het Nederlandse testament opgenomen tweetrapsmaking in de weg zou staan.

Hoe dit ook zij, de vraag rijst of de vaak gehoorde waarschuwing voor herroepingsclausules in later opgemaakte deeltestamente in het buitenland door het onderhavige oordeel van het hof overbodig zijn geworden. Dat lijkt mij niet. Het hof komt hier in een heel specifiek geval tot het oordeel dat de erflater met zijn Portugese testament niet bedoeld kan hebben zijn Nederlandse testament te herroepen. Daarbij speelt een belangrijke rol dat beide testamenten in economische zin dezelfde personen trachten te bevoordelen én dat de erflater die de Portugese taal niet machtig was, pas ruim een maand na het verlijden van zijn testament daarvan een schriftelijke vertaling ontving, waarin de passage over de herroeping ook nog eens ontbrak. De erflater had dus ook geen enkele mogelijkheid tot herstel. Deze omstandigheden zijn zo specifiek, dat op basis van dit arrest zeker geen algemene regel kan worden aangenomen dat herroepingsclausules die – per ongeluk? – in buitenlandse deeltestamente zijn opgenomen voortaan voor niet geschreven zullen worden gehouden. Voorzichtigheid blijft troef.

Tot slot past een relativerende opmerking. De inmiddels in werking getreden Europese Erfrechtverordening, van toepassing op nalatenschappen van erflaters die na 17 augustus 2015 zullen komen te overlijden, maakt dat zowel het toepasselijke recht op de vererving en afwikkeling van de nalatenschap als de formele geldigheid van schriftelijke uiterste wilsbeschikkingen voortaan in alle lidstaten aan de hand van dezelfde geharmoniseerde conflictregels zal worden beoordeeld.<sup>18</sup> Dit betekent dat daarmee de noodzaak om ten aanzien van bezittingen die zich in een andere EU-lidstaat bevinden ter plaatse een apart testament op te stellen – met alle afstemmingsproblemen van dien – sterk zal zijn afgenomen.

15. Zie r.o. 24.

16. Zie r.o. 25 (slot).

17. Ontleend aan: E. Huzel, B. Löber & I. Wollmann, *Erbrecht in Portugal*, in: R. Süß (red.), *Erbrecht in Europa*, Angelbachtal: Zerb 2008, randnr. 2 en 10.

18. Verordening (EU) nr. 650/2012, PbEU 2012, L 201/107. Zie over deze verordening onder meer P.A.M. Lokin, *Grensoverschrijdende erfopvolging* (diss. Utrecht) (Ars Notarius deel 151), Deventer: Kluwer 2012 en J.G. Knot, *De Europese Erfrechtverordening: nieuwste loot aan de stam van het Europese IPR*, Nederlands tijdschrift voor Europees recht (NtEr) 2012, nr. 8/9, p. 278-287.